



EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

I

LA cuestión de las lagunas del ordenamiento jurídico llamó la atención de los teóricos de la dogmática jurídica alarmados ante el espectro del derecho natural que amenazaba introducirse, por aquel portillo, en los perfectos sistemas del positivismo jurídico. Negación de las lagunas y afirmación de la plenitud del ordenamiento jurídico parecían posiciones obligadas frente a cualquier intento de penetración iusnaturalista en el derecho positivo.

Ya BERGBOHM, en el mayor alegato que se ha escrito contra al derecho natural (1), intentó conjurar el peligro negando la posibilidad de lagunas en el ordenamiento jurídico. Se trataba, en el fondo, de una defensa de las posiciones conquistadas por la dogmática jurídica. Hoy, presenta otros relieves el tema, pues principalmente asaltan las dudas y dificultades de cómo acompañar la relativa permanencia de lo normativo con la realidad social. ¿Es posible salvar el abismo entre la creciente movilidad de la realidad social y las formas jurídicas abstractas? ¿Se puede conciliar el valor objetivo de lo justo con la forma jurídica y, a su vez, con la misma realidad social?

Todas estas cuestiones importantes caían dentro de una estricta perspectiva jurídica: «relaciones entre derecho y juez,

(1) *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig 1892, págs. 372 y ss.

entre ley y derecho, entre coacción y libertad, entre derecho positivo y derecho natural» (2).

Hoy, el punto de vista, aunque no el problema, ha cambiado al intentar conciliar derecho y formas sociales, justicia y clases sociales, formalismo jurídico, estimativa jurídica y realidad social.

Es notorio que existen Constituciones políticas puramente nominales en el sentido de que están vigentes pero carecen de eficacia social. El decreto y las ordenanzas sustituyen a la ley como instrumentos normativos, la normatividad jurídica va frecuentemente a la zaga de la normalidad social.

Antes recaía el problema sobre la primacía de la norma jurídica, en su estricta formalidad, hoy alarma la insuficiencia de esa forma muda para regular la convivencia.

Ahora bien, el problema de las lagunas del ordenamiento jurídico no puede ser enfocado y resuelto con los criterios y métodos propios del positivismo jurídico, hay que recurrir a otros instrumentos más propicios que estén enraizados en la realidad social.

La exigencia de una perspectiva sociológica es imprescindible en cualquier rama jurídica, pero, particularmente, en el derecho constitucional.

Por otra parte, es un hecho curioso que siendo muy grave el problema de las lagunas dentro del derecho constitucional, apenas se ha dedicado a esta cuestión alguna monografía o estudio especial. La doctrina se ha contentado con observaciones de pasada (3) (4).

(2) Ernesto ZITELMANN, Las lagunas del derecho (Trad. de Carlos G. Posada), en «La ciencia del derecho», Losada. Buenos Aires 1949, pág. 290.

(3) Si prescindimos del trabajo de ANSCHÜTZ, *Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetz*, en «*Verwaltungsarchiv*», vol. XIV, 1906 y del breve pero fino estudio de Santi ROMANO: *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, en «*Scritti minori*», *Raccolti e pubblicati a cura di Guido ZANOBINI*. Giuffrè. Milano 1950, págs. 371 y ss., dedicados particularmente a este tema, los diversos autores que en adelante citaremos, lo abordaron de pasada. En derecho administrativo, aparte del citado ANSCHÜTZ, Cfr. Manuel Francisco CLAVERO AREVALO, La doctrina de los principios generales del Derecho, en «*Revista de Administración pública*». Año III, nú-

Y sin embargo, un complejo haz de problemas conexados con el que aquí nos ocupa, encuentra sus raíces profundas en el suelo del derecho constitucional: interpretación de la voluntad legislativa; problema de las fuentes del derecho; conflictos constitucionales; naturaleza jurídica de los derechos de libertad; posición constitucional del juez; división de poderes... (5).

Conviene recalcar que todas estas cuestiones, estrictamente jurídicas, cobran un cariz especial si las iluminamos con la luz que procede de la perspectiva sociológica, enmarcándolas en la situación nacional concreta. Entonces calamos en su actual significación y entraña y vemos multiplicarse también los problemas.

El planteamiento correcto para resolver la cuestión ha de tener en cuenta que el ordenamiento constitucional no debe considerarse como un complejo abstracto de normas (6). Esto implica la revisión del concepto formalista de Constitución y, al mismo tiempo, exige una consideración sustancial de la misma, único camino para llegar a una solución satisfactoria (7).

mero 7. Madrid, págs. 62 y ss.; 96 y ss. Cfr. la referencia que hace al derecho comparado Enrique MARTINEZ USEROS, en las notas al Derecho administrativo de Carlos GARCIA-OVIEDO, 5.^a ed. Eisa. Madrid 1955. Tomo I, pág. 65. En Derecho internacional, Alfred VERDROSS, *Völkerrecht*. Springer-Verlag. Wien 1950, págs. 120-121 (y bibliografía citada). En Derecho canónico; Anna RAVA, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico e della legislazione canonica*. Giuffrè. Milano 1954.

(4) Según Egon ZWEIG el dogma de la plenitud del ordenamiento constitucional fué mantenido por los constituyentes de la revolución francesa, «*Die Lehre vom Pouvoir Constituant*» J. C. B. Mohr. Tübingen 1908, páginas 303 y siguientes.

(5) Donato DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*. Società Editrice Libreria. Milano 1910, págs. 19 y 20.

(6) Coincide Santi ROMANO, loc. cit., pág. 371.

(7) Cfr. en este sentido, nuestro trabajo «Constitución», en «Nueva Enciclopedia jurídica Seix». Barcelona 1953, págs. 210 y ss. y particularmente pág. 222. Justamente Vincenzo MICELI afirma: «*L'ordinamento giuridico non è qualche cosa che esista in sé e per sé stesso, ma esiste per il conseguimento di questo scopo e perciò non può essere valutata se non per il*

Si mantenemos que la Constitución no se agota en la mera expresión de sus normas y que éstas se fundamentan en una base también jurídica, pero enraizada en la realidad social, entonces se nos presentarán las lagunas no como deficiencias legales, o como *simple ausencia normativa* ante un hecho constitucionalmente relevante que necesita la regulación legal, sino como *fallas institucionales* que deben ser corregidas.

Por eso la pretensión positivista de que el ordenamiento jurídico formalmente es completo, no encuentra fundamento cuando se recurre a criterios de fondo que frecuentemente dicen todo lo contrario, esto es, la existencia de lagunas.

La tensión existente entre la rigidez formal, a que suele tender todo ordenamiento jurídico, y la realidad social subyacente, hace que se rompa el equilibrio alcanzado cuando surgen nuevas fuerzas y relaciones sociales. Este hecho se produce a veces en el orden constitucional, pues a pesar de sus pretensiones de preverlo todo lleva implícita la existencia de lagunas, o la posibilidad de que éstas surjan.

Esta afirmación no debe alarmar, sino todo lo contrario, es prenda segura de la movilidad y categoría vital del derecho que no se contenta con los esquemas adquiridos y quiere innovar evitando el anquilosamiento (8).

modo come lo consegue. A tal uopo esso deve quindi essere considerato, non più rispetto alla sua forma soltanto, ma sopra tutto rispetto alla vita sociale, per cui esiste e alla quale deve applicarsi. Che importa di sapere se l'o. g. è completo nella sua forma, se poi non risponde alle esigenze della vita? («La completezza dell'ordinamento giuridico», en «Rivista internazionale di Filosofia del Diritto». Anno V, 1925, pág. 92. Advierte, claramente, el lado sociológico de la cuestión, Hans HUBER en *Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts en Rechtsquellen-probleme im schweizerischen Recht. Berner Festgabe für den schweizerischen Juristenverein* Verlag Stämpfli & C. Bern 1955, págs. 97-98.

(8) Partiendo del carácter abstracto de la ley. (Sobre esto Cfr. Vincenzo MICELI, *Il diritto positivo e il sistema giuridico*, en «Rivista di diritto civile». Società Editrice Libreria. Milano 1914, año XVI, págs. 328-329), Tulio ASCARELLI afirma que la pretendida *incompletezza* del ordenamiento jurídico se reduce a la generalidad de la norma jurídica, a su carácter abstracto, «il cosiddetto problema della incompletezza dell'ordinamento giu-

Estó último se comprueba, claramente, en las Constituciones flexibles, de raíz consuetudinaria o de tipo histórico, en las cuales la posibilidad de lagunas, es algo implícito, pues la misma costumbre va colmándolas en su desarrollo (9).

La Constitución no posee aquí un carácter definitivo, se va elaborando y completando a través del tiempo, de suerte que la existencia de las lagunas invita a su rápida y lograda integración, lo que prueba su vitalidad y continuidad.

«Il diritto è appunto quello dell'incapacità insita nella sua astrattezza». (Il problema delle lacune e l'art. 3 Disp. Prel. nel diritto privato, en «Archivio giuridico», Modena 1925, págs. 244 y ss. El autor italiano continúa afirmando que para examinar el problema de las lagunas debe distinguirse la investigación exegético-dogmática de la histórico-filosófica. Desde este segundo punto de vista la existencia de las lagunas (**incompletezza dell'ordinamento giuridico**) es indiscutible, en tanto que según la visión dogmática el ordenamiento jurídico es completo. El ilustre mercantilista resume así los dos aspectos de la cuestión: «Da un lato l'esigenza e necessità di risolvere ogni possibile controversia, esigenza e necessità rigorosamente affermata dal diritto nelle sue stesse premesse come nelle sue norme positive, ed intrinseca al ordinamento politico-sociale, dall'altro l'astrattezza della norma giuridica e cioè la sua incapacità a risolvere il caso concreto; l'antinomia sembra insolubile e la sua soluzione e la conditio sine qua non di ogni ordinamento giuridico, come di ogni possibilità di vita sociale» (ibidem, pág. 249).

Pese al ingenio que demuestra ASCARELLI, al separar los dos puntos de vista para enfocar el problema, en el fondo se trata de salvar la plenitud del ordenamiento jurídico abandonando las lagunas al plano de una empresa metajurídica, la por él llamada investigación histórico-filosófica. Ahora bien, podemos plantear los siguientes reparos; 1) que la generalidad de la norma sea una de sus características es algo que dista mucho de ser admitido por la doctrina de modo unánime (Cfr. en este sentido F. PERGOLESÌ, *Saggi sulle fonte normative*. Giuffrè. Milano 1943, págs. 13 y ss. Hay ediciones posteriores); 2) no parece satisfactoria la identificación del carácter abstracto de la ley con la carencia de plenitud del ordenamiento jurídico, pues existe aquí un salto lógico que utiliza la comprobación de zonas concretas sin regulación legal, para apuntar una de las dimensiones que precisamente se discute como apropiada; 3) la creciente crisis de la normatividad no autoriza a equiparar un problema de raigambre sociológica, como es la existencia de lagunas, con la abstracción de la norma.

(9) Cfr. Giuseppe FERRARI; *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*. Giuffrè. Milano 1950, págs. 49 y ss.

En los países anglosajones, la función creadora del juez suple las posibles deficiencias legales y donde los jueces examinan la constitucionalidad de las leyes e interpretan la Constitución existe un poderoso medio para complementar y ensanchar el orden constitucional.

En los países con Constituciones de tipo rígido, la racionalidad que inspira a estos instrumentos constitucionales parece evitar la posibilidad de lagunas (9 bis), se rechazan a *priori* como algo contrario a la naturaleza de tales prescripciones. Sin embargo, cuando se dan, ponen en peligro todo el edificio constitucional; sobre todo si estas lagunas no son meramente formales, sino institucionales, pues los procedimientos arduos y complicados que fija la Constitución para su reforma, retrasan la integración de la laguna o la impiden si no se cumplen los requisitos formales de la revisión. Esto sucede, por ejemplo, cuando no se alcanza la mayoría calificada que se requiere.

De aquí se deduce que un análisis completo del problema de las lagunas, en el ordenamiento constitucional, deberá tener presente el tipo o clase de Constitución concreta puesto que éste condiciona el modo de plantearse e incluso resolverse el problema.

La naturaleza del ordenamiento constitucional, en la medida que apunta a bases materiales y políticas, se resiste a aceptar como valedera la posición del positivismo jurídico negador de las lagunas y mantenedor de su plenitud jurídica. Si esto fuera verdad no podría explicarse su reforma y perfeccionamiento.

La doctrina moderna ha corregido parcialmente esa postura. Se señalan dos aspectos distintos del problema. Uno

(9 bis) Cfr. las afinadas observaciones, sobre la eventualidad de lagunas en las Constituciones rígidas, que hace James BRYCE: *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. Instituto de Estudios políticos. Madrid 1952, págs. 127 y ss.

formal y otro de hecho, llamados también formal y sustancial, normativo e institucional (10).

Ahora bien, en realidad, semejante distinción es muy discutible, pues la existencia de lagunas sustanciales afecta, sin duda alguna, al lado formal del ordenamiento y cuando esto sucede, en el plano constitucional, los efectos son particularmente graves (11).

Por otra parte, tampoco nos parece oportuna la distinción, dentro del orden constitucional, de lagunas de la ley y del ordenamiento constitucional. La distinción concedería la existencia de lagunas en la ley, al paso que el ordenamiento constitucional sería completo.

Este dualismo descompone el orden normativo constitucional en una serie de normas parciales susceptibles de contener lagunas o imperfecciones jurídicas, que luego serían colmadas o subsanadas al reconducir esas normas al orden constitucional pleno. El carácter unitario del ordenamiento constitucional no tolera semejante descomposición, salvo desde el punto de vista metodológico, por eso debe admitirse la posibilidad de las lagunas institucionales dentro de ese orden.

Otro error que debe ser esquivado es la absoluta equiparación de las leyes ordinarias y constitucionales en el problema de las lagunas. La postura que pretende resolver las

(10) MICELI, loc. cit., págs. 96-97; Enrico PARESCHE, *Diritto, norma, ordinamento*, en «*Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*». Año XIV (1934), págs. 350-351. Exactamente este autor apunta cómo la consideración de la plenitud del ordenamiento jurídico está vinculada a la afirmación positivista de que el Estado es la única fuente del derecho. En efecto, Cfr. DONATO DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*. Società Editrice Libreria. Milano 1910, pág. 31 (en nota).

Sobre la distinción entre el aspecto normativo y el institucional para las lagunas, Cfr. Santi ROMANO, loc. cit. pág. 376.

(11) Santi ROMANO, mantenedor de la doble consideración normativa e institucional, escribe: «E si noti che, contrariamente all'opinione comune la lacuna c'è, anche se non manca una norma che stabilisca come ad essa si dovrà rimediare finchè non si sarà provveduto a reintegrare o sostituire l'istituzione caduta oppure a modificare le altre affinché si possa fare a meno della prima» (*Principii di diritto costituzionale generale*. Giuffrè. Milano 1946, pág. 99).

lagunas de la Constitución con los mismos criterios e idéntica problemática que en las leyes ordinarias, o que en el derecho privado, olvida el carácter de orden fundamental que posee la Constitución (12).

Las lagunas constitucionales no consisten en errores, imperfecciones de las concretas leyes constitucionales, de las prescripciones que componen la Constitución. No son defectos técnicos de tales preceptos, sino propiamente falta de regulación legal constitucional de una situación necesitada de esa regulación por ser imprescindible para el mantenimiento del edificio constitucional, o para el juego correcto de los órganos constitucionales. Trátase, pues, de lagunas institucionales, de falta o ausencia de las normas jurídicas que organizan una institución necesaria para la integración completa del orden constitucional. No es que la Constitución *renuncie* a regular jurídicamente una zona determinada de la realidad, es que se trata de un sector que *requiere* la normación constitucional para que subsista y esté completo el orden fundamental. Incluso aunque existan las normas que remedien esa laguna institucional, ésta persistirá hasta que los autorizados por tales normas, para reintegrar la institución requerida, la restablezcan (13).

De esta manera se comprende cómo el aspecto institucional tiene importancia decisiva en el orden constitucional, pues la Constitución es la máxima expresión de la juridicidad total del Estado, de la regulación de los órganos e instituciones fundamentales. La falta de un órgano o institución *determinada* pone en conmoción, o paraliza, toda la vida *constitucional*.

Nunca se insistirá suficientemente en señalar que el carácter fundamental de la Constitución no significa que deba preverlo todo, puesto que aquélla regula tan sólo la vida de los órganos fundamentales del Estado y el orden u órdenes considerados como fundamentales para la posición del individuo en el Estado.

(12) Coincide HSü DAU-LIN; *Die Verfassungswandlung*. Walter de Gruyter & Co. Berlin und Leipzig 1932, págs. 47 y 48.

(13) Santi ROMANO, *loc. cit.*, pág. 378.

La manía de querer insertar en las Constituciones cuestiones que carecen de carácter constitucional material complica el problema, pues impulsa a considerar como lagunas constitucionales, simples imperfecciones, defectos o insuficiencia de ciertos preceptos que no deberían haberse insertado en la Constitución.

Si la normación escrita constitucional se limitase a regular materias fundamentales, siguiendo muy de cerca a la Constitución sustancial, los riesgos serían mucho menores y las posibles lagunas se evitarían.

Si logramos que coincida la Constitución escrita, el documento constitucional, con la base sustancial que le sirve de fundamento, entonces centramos el problema de las lagunas en el orden constitucional que no puede concebirse de otro modo sino como lagunas institucionales. Dicho más claramente, como el ordenamiento constitucional es orden fundamental, en él pueden darse lagunas cuando en un momento determinado las normas constitucionales son incapaces de resolver un caso imprevisto que afecta total, o parcialmente, al orden fundamental (14).

Las lagunas constitucionales son, pues, fallos institucionales, carencia de instituciones fundamentales que impiden el funcionamiento del orden constitucional.

Para saber en qué consiste una laguna constitucional (institucional) hay que partir de la consideración del ordenamiento fundamental como sistema unitario en donde las normas se conexionan y relacionan recíprocamente por ser todas ellas expresión formal de la institución estatal y por hallarse cimentadas en la Constitución sustancial. Si en este orden existe un fallo, una falta que afecta al orden constitucional nos hallamos ante un caso de laguna constitucional. Existe laguna porque hay un vacío institucional dentro de ese orden. Entiéndase bien que no se trata de un simple espacio jurídico vacío (*Rechtsleerer Raum*), pues la laguna

(14) Afirma la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, desde el punto de vista dinámico y sustancial, Enrico PARESCÉ, loc. cit. páginas 360 y siguientes.

jurídica entraña la ausencia de normas institucionales, *dentro* del ordenamiento jurídico, mientras que el espacio jurídico vacío implica que una esfera de hecho no es regulada de modo alguno por el derecho y por lo mismo está *fuera* del ordenamiento jurídico. La laguna constitucional exige su integración, pues de lo contrario no se podría diferenciar del espacio jurídico vacío (15). Además, la comprobación de la laguna debe ser real, esto es, su existencia debe quedar inconcusa (16).

Dentro del orden constitucional, compuesto por normas de competencia, no parece puedan utilizarse las distinciones entre lagunas propias e impropias como a partir de ZITTEL-MANN se ha venido haciendo (17). Aquí se trata de lagunas fundamentales, propias, institucionales, que ponen en grave conmoción al entero ordenamiento. O existe la norma funda-

(15) ALF. ROSS: *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*. Franz Deuticke, 1929, pág. 341; PIETRO VIRGA: *Libertà giuridica e diritti fondamentali*. Giuffrè. Milano, pág. 25; DANILO DE COCCI: *Il concetto giuridico di libertà*, en «*Studi di Diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*». Giuffrè. Milano 1952, págs. 658 y 659 (en nota); F. CLEMENTE DE DIEGO, «En torno a las lagunas de la ley», en «*Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*», 1944, núm. 14, págs. 21 y 22.

(16) ROSS. *Ibidem*.

(17) Así, GUSTAV SEIDLER: *Grundzüge des Allgemeinen Staatsrechts*. Verlag von Georg Stilke, Berlin und der Manz'schen Verlags- und Universitäts-Buchhandlung. Wien 1929, págs. 212 y 213. Tal como caracteriza a las lagunas propias o auténticas SEIDLER, se trata de lagunas institucionales «*dass die Verfassung gewisse Notwendigkeiten voraussetzt oder fordert, die nicht von selbst eintreten, deren Eintritt vielmehr von Willenserklärungen abhängt, welche weder erzwungen noch durch, andere Willenserklärungen ersetzt werden können. Unterbleibt die Erklärung, so entsteht ein Vakuum, es hört zwar nicht der Staat auf, wohl aber das Staatsrecht*» (pág. 212) y cita el caso de la desaparición de la dinastía en una monarquía sin que la Constitución haya previsto el caso. En cambio, las lagunas impropias vendrían a ser imperfecciones legales que se resuelven a veces por la analogía (pág. 213). Cfr. también WALTHER BURCKHARDT, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts*, 2.^a ed. Polygraphischer Verlag A. G. Zürich 1944, pág. 112.

mental o no, y, en este caso, al no haberse manifestado la voluntad legislativa constitucional fijando una norma de competencia, hay laguna. Si esto es así, no nos sirve la distinción ya criticada —al menos dentro del orden constitucional— que admite las lagunas de la ley y rechaza las del ordenamiento jurídico (18). Las tituladas lagunas impropias se presentan, en nuestro campo, como simples imperfecciones normativas (19) susceptibles de integración mediante la política legislativa constitucional o de completarse, fácilmente, por medio de la interpretación. En el peor de los casos se colmarán por la analogía.

Nuestra atención versará principalmente sobre las lagunas institucionales (20).

(18) José CASTAN; *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho* (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo) Reus. Madrid 1947, págs. 305 y 306. Para el Derecho constitucional. Cfr. Santi ROMANO, *Corso di Diritto costituzionale*, 4.ª ed. Cedam. Padova 1933, pág. 261. En contra, Felice BATTAGLIA, *Curso de Filosofía del Derecho*, Vol. II (Trad. F. ELIAS DE TEJADA y P. LUCAS VERDU), Reus 1951, pág. 144. Elude la cuestión, aunque parece admitir la distinción, V. MICELI, *Principi di Diritto costituzionale*, 2.ª ed. Società Editrice Libreria. Milano 1913, pág. 161. Hermann HELLER critica, agudamente, el dogma positivista de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico fletado por BERGBOHM y llevado al campo del derecho público por LABAND, *Teoría del Estado* (Trad. de Luis TOBIO). Fondo de Cultura Económica. México 1947, páginas 295 y siguientes.

(19) Sobre las imperfecciones de la norma. Cfr. Federico de CASTRO: *Derecho civil de España. Parte general. Vol. I*. Valladolid 1942, página 40; y nota número 1.

(20) Constantino MORTATI considera que no existen verdaderas lagunas institucionales. En efecto, en el caso de extinción total de la familia real pueden suceder dos cosas: o el caso está previsto por las normas institucionales y entonces basta con sustituir el órgano ordinario por el extraordinario (Regencia), o no lo está y resultaría que se viene a bajo todo el ordenamiento jurídico, por vías de hecho, desapareciendo la institución (*Istituzioni di Diritto pubblico*, 2.ª ed. Padova 1952, pág. 118).

No podemos compartir la postura del autor italiano, pues parte de un concepto incorrecto de la institución. La institución se enraiza en la organización social y las normas no son más que un aspecto del ordenamiento jurídico. Cfr. Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2.ª ed. Sansoni. Firenze [1947], págs. 13 y ss. *passim*.

Como toda obra humana, la Constitución puede contener fallos e imperfecciones merced a la imposibilidad de preverlo todo. Una Constitución es producto histórico, determinado por las circunstancias de tiempo y lugar. Las materias que el legislador constitucional introdujo en la regulación fundamental se consideraban constitucionalmente relevantes en el momento en que la Constitución se elaboró, pero la realidad política y social puede plantear exigencias, imprevistas por la ley fundamental, capaces de suscitar lagunas (21).

El testimonio de la posible solución de continuidad del orden constitucional se enfrenta, pues, con la creencia racionalista que inspira a los instrumentos o cartas constitucionales que se consideraban perfectas, completas, capaces de prever todos los casos imaginables. Naturalmente, si tenemos en cuenta que la Constitución comprende el conjunto de prescripciones jurídicas fruto de una *situación*, si el derecho constitucional está condicionado por una serie de factores político-sociales, económicos, y aparece en función de las creencias fundamentales de la situación, se superará la estrecha visión racionalista.

Como las Constituciones, resultado de la concreta situación, continúan manteniéndose por encima de nuevas e inéditas situaciones, el conflicto entre la estructura formal, dimanante de la situación inicial y la nueva, provoca la aparición de fallos y lagunas que no han sido previstos.

El ordenamiento constitucional vigente se ve entonces desgarrado por la situación nueva que no encuentra adecuada respuesta a sus necesidades. Por lo tanto, la existencia de lagunas, cuando la normatividad constitucional no coincide con la normalidad social, es algo indiscutible.

Claro está que casos semejantes pueden resolverse merced a la voluntad legislatora constitucional que acomoda la

(21) Karl LOEWENSTEIN; *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*. J. C. B. Mohr. Tübingen 1931, págs. 121 y 122. Para la conexión que existe entre el problema de las lagunas y el cambio de la Constitución por medio de prácticas que no afectan a la forma de la misma, Cfr. HSÜ DAU-LIN, ob. cit., págs. 39, 56 y ss.

forma constitucional a las nuevas exigencias, cosa que sucede, normalmente, en las Constituciones que poseen suficiente elasticidad.

También hay que tener presente que no conviene exagerar las pretensiones de la situación social, pues de lo contrario, y sin pretender con esto inmovilizar o considerar como absoluta una determinada situación, se desconocería la capacidad de conformación social que posee la normatividad constitucional (22).

II

La doctrina ha establecido, ya especulando sobre hechos históricos concretos, ya realizando una elegante interpretación de los textos, una serie de casos típicos que se han presentado como lagunas constitucionales. Algunos de ellos son verdaderos esfuerzos imaginativos de muy difícil realización que apenas merecen la pena de ser examinados. Trátase de cuestiones académicas (23) y, por eso, no poseen mayor alcance.

El primero, recogido tradicionalmente por los autores (24), acontece cuando en un Estado monárquico se ha

(22) Sobre esto Cfr. Werner KAGI: *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen in modernen Verfassungsrecht*. Polygraphischer Verlag A. G. Zürich 1945? páginas 150-151.

(23) Así HSÜ DAU-LIN califica la cuestión propuesta por ANSCHÜTZ, loc. cit., pág. 338, si el Kaiser abdicase como tal pero no como rey de Prusia. El caso alcanzó actualidad —continúa HSÜ DAU-LIN— en 1918, pero ¿acaso puede hablarse de una laguna porque la Constitución de BISMARCK no hubiese previsto una situación como la de 1918? (*Die Verfassungswandlung*, cit., pág. 53). Cfr. la solución poco convincente que da a este caso DONATI, ob. cit., pág. 112.

(24) ZITELMANN, ob. cit., pág. 318; ANSCHÜTZ, loc. cit.

extinguido la dinastía sin que las normas constitucionales establezcan nada para el caso (25).

Diversos supuestos pueden determinar esa grave situación: 1) sea porque el último miembro de la familia real renuncia al trono sin que deje heredero nato o *nasciturus* (26); 2) ya por la renuncia a la Corona de todos los miembros de la familia real capaces de suceder; 3) o bien cuando se ha estatuido que el sucesor debe ser nombrado por el monarca reinante y éste muere sin haberlo designado (27).

Esta laguna podría subsanarse si antes de quedar vacante la Corona, se promulgara una ley resolviendo el problema. Ahora bien, y si esto no ocurriese, ¿a quién correspondería la Corona?

Las soluciones que se han intentado ofrecer son muy variadas y se caracterizan porque en ellas repercute el concepto peculiar que cada autor tiene sobre el derecho.

Así, TRIEPEL mantiene que el gobierno corresponderá provisionalmente al Consejo de Ministros y en su defecto a la representación nacional que elegirá al nuevo Gobierno (28). En Italia, MORELLI (29) dice que al quedar necesariamente

(25) Algunas Constituciones se plantean la cuestión. Así, por ejemplo, la Constitución de Suecia de 6 de junio de 1809, art. 42; la de Noruega de 17 de mayo de 1814, art. 48; la de Bélgica de 7 de febrero de 1831, art. 85; la de Luxemburgo de 17 de octubre de 1868, art. 7, párrafo 2; la de Holanda de 30 de noviembre de 1887, art. 19; la de Grecia de 23 de mayo de 1911, art. 52; la del reino de Dinamarca de 5 de junio de 1915, art. 8.

(26) Sobre esto, Cfr. Heinrich TRIEPEL: *Das Interregnum. Eine staatsrechtliche Untersuchung*. Verlag von C. L. Hirschfeld. Leipzig 1892, pág. 7; Santi ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, en «*Scritti Minor*», cit., pág. 133.

(27) Caso citado por JELLINEK: «Mediante el Ukase de Pedro el Grande, de 5 de febrero de 1772, dispúsose que poseería el trono de Rusia quien nombrase como sucesor el emperador reinante»... y cita ejemplos históricos (*Teoría general del Estado*. Vol. I. (Trad. de F. DE LOS RÍOS URRUTÍ) Suárez. Madrid 1914, pág. 454.

(28) En contra Santi ROMANO, loc. cit., pág. 136 y DONATI, obra citada, página 101.

(29) Alberto MORELLI: *Il Re*. Zanichelli. Bologna 1899, pág. 301. El autor cita textos constitucionales de la época.

vacante el trono, se abren dos caminos: establecer la forma republicana de Gobierno o sustituir la dinastía extinta con otra nueva, ya manteniendo, ya cambiando la vieja Constitución (29 bis).

Pero, quien se planteó el problema por primera vez con mayor precisión científica, aunque ofreciendo una respuesta insostenible, ha sido DONATO DONATI (30).

Para este autor, el ordenamiento jurídico no contiene norma alguna que resuelva la cuestión en sentido positivo, determinando a qué persona corresponde la Corona. Ahora bien, esto no significa que el ordenamiento jurídico no contenga solución adecuada para el caso propuesto. El ordenamiento jurídico cuenta con una norma que resuelve la cuestión en sentido negativo. Como no existe norma particular aplicable al problema, cae bajo la norma general que sirve de base al ordenamiento jurídico y que establece la exclusión de cualquier limitación. Esta norma dice: a nadie corresponde la Corona, o sea, el Estado y los súbditos son libres de cualquier limitación relativa a la existencia de un rey y, por lo tanto, podrán rechazar las pretensiones de cualquiera que se presente como sucesor, pues tales pretensiones son infundadas, ya que nadie podrá reunir en su persona los requisitos requeridos para subir al trono.

La pretendida solución de DONATI es inaceptable por varias razones. En primer lugar, la tesis que mantiene el ilustre autor italiano, en defensa de la plenitud del ordenamiento jurídico es *inexacta*, como lo ha demostrado la doctrina posterior unánimemente (31). Esto como crítica a los fundamentos generales de su postura. Veamos ahora aspectos más

(29 bis) Esta sencilla solución no satisface por plantearse en un campo político en el primer caso y por no aclararse debidamente en el segundo.

(30) Donato DONATI, ob. cit., págs. 100 y ss.

(31) Para no repetir las críticas que ha suscitado su *norma positiva di chiusura* nos remitimos a las siguientes obras; MORTATI, ob. cit., pág. 117; Alessandro LEVI, *Teoria generale del Diritto*. Cedam. Padova 1950, págs. 52 y ss.; Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale (Lo Stato democratico moderno)* 2.^a ed. Jovene. Napoli 1949, pág. 117.

concretos. No podemos admitir el planteamiento exclusivamente normativista que no tiene para nada en cuenta el lado institucional de la cuestión. Desde un punto de vista material, aunque falte la norma o normas concretas, podrá encontrarse en la Constitución sustancial, ya de modo expreso o implícito, algún indicio que permita saber a quién compete el poder de emanar la norma necesaria para el caso imprevisto (32).

La tesis de DONATI parece llevar obligadamente al abandono de la continuidad monárquica y aunque ello pueda ser una solución, no hay razones jurídicas para justificar este cambio constitucional y eso que el autor reconoce que su solución no satisface las exigencias políticas. La respuesta que nos ofrece es simplemente negativa, un *inhibirse* ante la cuestión, su contestación es una falta de respuesta, salvo la indiscutible afirmación de que a nadie corresponde la Corona. Si los súbditos, según el maestro italiano, son libres de cualquier limitación respecto a la existencia de un rey, esta afirmación va más allá de los términos del problema y parece prejuzgar la elección de la respuesta en el sentido de una solución republicana. Puede ser que los súbditos prefieran desligarse de cualquier limitación monárquica, cuando queda vacante la Corona, optando por la solución republicana, pero nada impide que el poder constituyente decida la continuidad monárquica estableciendo una nueva dinastía, colmándose la laguna institucional y persistiendo la limitación de los súbditos respecto a la existencia del rey (33).

Más clara y lógica es la solución ofrecida por ARANGIO

(32) En este sentido, G. CHIARELLI: *Il problema dei caratteri differenziali dell'ordinamento giuridico*, en «*Rassegna di Diritto pubblico*». Año V. Número 5-6. Napoli 1950, pág. 368 (en nota).

(33) No entramos en otros reparos más concretos como el concepto erróneo que el autor tiene sobre la naturaleza jurídica de la regencia. Sobre este último problema, además de la obra de TRIEPEL, citada en nota 26 Cfr. E. SAILIS, *Fondamento e natura giuridica della Regenza*. Giuffrè. Milano 1940. También G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (Trad. de G. VITAGLIANO). Società Editrice Libreria. Milano 1912, págs. 169 y ss.

RUIZ (34) al escribir que la única solución en Italia, bajo la vigencia del Estatuto albertino, que guarda silencio sobre esta cuestión, es la convocatoria de un plebiscito, aunque

(34) G. ARANGIO RUIZ: *Istituzioni di Diritto costituzionale italiano*. Fratelli Bocca. Milano 1918, pág. 419. En las páginas 420-421 alude a otra laguna del Estatuto sobre la imposibilidad física del rey para reinar, resolviéndola por medio de la analogía. Ferrucio PERGOLESÍ, *Manuale di Diritto costituzionale italiano*. Studium Urbis. Roma 1941, sostiene que esta laguna sólo puede colmarse «con una instaurazione, che è solo di fatto in confronto all'ordinamento lacunoso» (pág. 46). Cfr. además, Paolo BISCA-RETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale (Lo Stato democratico moderno)*. I. Jovene. Napoli 1949, págs. 517-518; Massimo PALMERINI, *Introduzione allo studio del Diritto costituzionale*, 2.^a ed. Ateneo. Roma 1948, pág. 80. Un caso reciente es el ocurrido en Bélgica, el 28 de mayo de 1940, como consecuencia de la prisión del rey de los belgas por el invasor alemán, que se complicó con la imposibilidad de reunir las Cámaras para proveer la Regencia. El constitucionalista belga Pierre WIGNY, analiza la cuestión examinando el decreto de 28 de mayo de 1940 que aplicaba, por analogía los artículos 82 y 26 de la Constitución; ahora bien, las Cámaras no podían reunirse, como se ha indicado, por lo tanto el Gobierno era el único órgano político no paralizado (art. 26). En efecto, los decretos-leyes eran precedidos por el siguiente preámbulo:

«En nombre del Pueblo belga,

«Nosotros, Ministros reunidos en Consejo,

«Vistos los artículos 26 y 82 de la Constitución;

«Visto el decreto de 28 de mayo de 1940,

«Vista la imposibilidad de reunir las Cámaras legislativas,

«Decretamos...»

«Ainsi invoque-t-on á la fois l'impossibilité de regner, l'impossibilité de réunir les Chambres pour pourvoir à la Regence et pour exercer la fonction législative, enfin le fait que tout le pouvoir législatif s'est concentré dans le gouvernement en tant que seule branche restée libre de ce pouvoir» (Pierre WIGNY, *Droit constitutionnel. Principes et Droit positif*. II. Emile Bruylant. Bruxelles 1952, págs. 589-590. Cfr. además, Paul de VISSCHER, *L'évolution du droit public belge de 1930 à 1950*, en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* N. F. Vol. II J. C. B. Mohr. Tübingen 1953, páginas 241-242.

En España, históricamente tenemos la obra revolucionaria realizada por las Cortes de Cádiz durante la ausencia de Fernando VII. Entonces hubo que admitir una serie de ficciones constitucionales para resolver este problema. Igualmente, la renuncia de la Corona por don Amadeo motivó un grave problema constitucional cuya solución fué el establecimiento de la primera República. Para el período de la Constitución de 1931 Cfr. lo que dice W. ROCES en sus anotaciones a la traducción de Luis LEGAZ Y LACAMBRA

así el problema asumiría importancia política y se resolvería también políticamente.

En realidad, trátase, en el caso examinado y en otros análogos aludidos por la doctrina (35), de verdaderos ca-

de la obra de O. G. FISCHBACH; Derecho político y constitucional comparado. Labor, Barcelona-Buenos Aires 1934, en la pág. 181. Para otros aspectos Cfr. Niceto ALCALA ZAMORA: Los defectos de la Constitución de 1931, Madrid 1936. Se trata de defectos técnicos antes que de lagunas institucionales en este último caso. Respecto al nuevo Estado español surgido con el Movimiento nacional Cfr., para el período anterior a la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado, Ignacio M.^a LOJENDIO; Régimen político del Estado español. Bosch. Barcelona 1942, págs. 138 y ss. LOJENDIO alude al artículo 48 de los Estatutos de Falange Española y de las J.O.N.S. que dice así: «Corresponde al Caudillo designar a su sucesor, quien recibirá de él las mismas dignidades y obligaciones. El modo de sucesión previsto en los presentes Estatutos será reglamentado, en sus detalles, por el Consejo Nacional». Este autor, que escribe antes de promulgarse la Ley de Sucesión, opina cuerdamente: «Aunque esta declaración, al igual que la relativa a la responsabilidad, sólo afecta literalmente a una de las facetas de la Jerarquía suprema, cabe extenderla a la totalidad de su entidad institucional, en primer lugar por autorizarlo así la ausencia de otras disposiciones, y sobre todo por la naturaleza eminente de la función política encomendada al Partido» (ob. cit., pág. 140). Luis DEL VALLE concuerda con el autor anterior; «La falta de una ley orgánica relativa al Jefe del Estado explica este vacío que se nota en nuestras normaciones constitucionales.

Para suplir, en parte, esta laguna tenemos que valernos de preceptos que en rigor no se refieren al Jefe del Estado, sino al Jefe nacional del Movimiento, que desde luego son dos investiduras que en toda jerarquía plena son inseparables» (Derecho constitucional comparado), 3.^a edición. Zaragoza 1944, págs. 387 y ss.

El problema ha quedado zanjado con la promulgación de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947.

Juan CANDELA, en un artículo publicado en la «Revista de Estudios políticos» n.º 69, 1953, titulado: El orden de leyes fundamentales de España desde la perspectiva de la Ley de Sucesión, señala el proceso de perfeccionamiento constitucional que se ha producido en España hasta llegar a la Ley de Sucesión que marca un hito importante en ese proceso. Sin embargo, CANDELA apunta ciertas insuficiencias que deben ser sanadas para que pueda hablarse de una verdadera Constitución española, en lugar de una «pre-constitución» (según la terminología empleada por dicho autor) Cfr. págs. 66-67; 81-82; 94 y ss.; 97-98.

(35) El citado por ANSCHÜTZ y JELLINEK que se refiere al intento de los monárquicos de impedir la segunda elección de GREVY, pronunciándose

sos-límite de insuficiencia del ordenamiento jurídico. Ciertamente, son situaciones graves, aunque algunas artificiosamente construidas. Según estos casos, las normas de competencia decaen, parecen modificarse las mismas fuentes del derecho, encontrándonos a las puertas de la revolución (36).

La falta de solución normativa abre el camino a los procedimientos de hecho. Si la interpretación extensiva de las normas falla, si es imposible la aplicación de la analogía y no pueden aplicarse los principios generales del derecho, o no existen costumbres que suplan la imprevisión, no hay otro remedio que restablecer, por vías de hecho, el orden jurídico que parecía paralizarse. La Constitución sustancial, que sirve de base a todo el ordenamiento jurídico, nos autoriza a ello.

La consideración de la sociedad política como unidad de orden y de fin, como organización del poder político en vistas del bien común, no puede tolerar semejantes fallos. La laguna quedará colmada, bien con arreglo a los principios políticos que alentaban en la Constitución, produciéndose una continuidad material y formal (37), o ya mudando la fórmula política lo cual implicará el cambio formal y de régimen, pues la sustitución de unos principios políticos por otros, que

en contra de la misma elección. ¿Qué habría sucedido si la mayoría de la Asamblea hubiese decidido no proceder a la elección negándose implícitamente así a reconocer un Presidente?

Otros casos relativos al Presidente de la República, según las leyes constitucionales francesas de 1875, pueden verse en JELLINEK, ob. cit., I, págs. 453 y ss.; ZITELMANN, loc. cit., pág. 317; DONATI, ob. cit., páginas 109 y ss., manteniendo idéntica solución a base de la norma general que sirve de base al ordenamiento jurídico que resuelve el caso de modo negativo; «a ninguno corresponde el poder ejecutivo». Pueden reproducirse aquí las mismas críticas que en el caso anterior. Además, A. ESMEINEZARD, *Elements de droit constitutionnel français et comparé*. II. Sirey. París 1921, págs. 52-53; Leon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*. Iv. Boccard. París 1924, pág. 567.

(36) PARESCE, loc. cit., págs. 358-359.

(37) Por ejemplo, eligiéndose por las Cámaras, o por plebiscito, un nuevo soberano.

matizan a la Constitución sustancial, lleva consigo ese resultado (38).

Otro grave problema se produce si el Parlamento se niega a aprobar el presupuesto del Estado. Este caso suscitó la atención de la doctrina provocando larga polémica (39). Se considera como el ejemplo clásico que dió precisamente lugar a la discusión sobre la existencia de lagunas en el ordenamiento constitucional (40). Esta cuestión que reviste más bien caracteres políticos que institucionales (41), plantea, caso que no estuviera previsto por la Constitución, el problema de si el ciudadano debe o no pagar los impuestos, puesto que no hay ley que permita su exacción. Según DONATI, la solución es negativa (42). La tesis de este autor está forjada con arreglo a los principios estrictos del Estado liberal de derecho (43). Ahora bien, el Estado como administración, que no se ajusta a esos cánones juspolíticos, puede exigir el pago de tales impuestos e incluso establecer nuevas obligaciones no previstas por la ley (44). En este sentido habrá que tener en cuenta cada ordenamiento jurídico concreto para poder emitir un juicio decisivo. Sin embargo, esta solución obedece a un marcado individualismo, celoso de la libertad

(38) Sobre esto me remito a mi trabajo «Constitución», en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, citada, pág. 222 (al principio).

(39) Sobre esta cuestión Cfr. la bibliografía recogida por DONATI, ob. cit., págs. 113 y ss., y por HSÜ DAU-LIN, ob. cit., pág. 54. Este caso es el que más se cita para demostrar la existencia de lagunas en el ordenamiento constitucional. Naturalmente, la disputa comienza centrando el tema sobre la naturaleza jurídica del presupuesto. Si es una ley o no, etc. Sobre este caso Cfr. ANSCHÜTZ, loc. cit., pág. 339.

(40) DONATI, ob. cit., pág. 113; HSÜ DAU-LIN, ob. cit., pág. 54; Alessandro LEVI, Teoria generale del Diritto. Cedam. Padova 1950, pág. 53.

(41) HSÜ DAU-LIN, Ibidem.

(42) Ob. cit., pág. 119.

(43) A. LEVI, ob. cit., pág. 53.

(44) LEVI termina diciendo; «...la veduta del Donati, plausibile ed elegante per quanto si riferisce ai rapporti di diritto pubblico nello Stato di diritto, non può accogliersi senza beneficio d'inventario per i rapporti privatistici, nè può essere estesa sic et simpliciter a qualsivoglia ordinamento giuridico».

del individuo, que sólo ve límites en la norma general establecida por la ley en sentido formal (elaborada por las Cámaras y con sanción del Jefe del Estado).

El Estado necesita para subsistir del caudal periódico de ingresos y, por lo tanto, si fallasen los procedimientos normales para conseguirlo, habría que establecer el principio de la primacía del bien común, que impondría, sobre los súbditos, la obligación del pago de los impuestos (45).

Existen otros casos, aludidos de pasada por los autores, como el abstencionismo electoral que impide la elección de las Cámaras, que combinado con otros supuestos, da lugar a dificultades casi insolubles; conflictos constitucionales (46) como el anteriormente citado, amén de nuevas dificultades, se producen en las crisis gubernamentales motivadas por la inconsistencia de mayorías en el Parlamento merced a la descomposición y falta de acuerdo entre los partidos (47). El funcionamiento del sistema parlamentario queda paralizado puesto que depende de la consecución de una estable mayoría que desarrolle un programa de trabajo ininterrumpido. Si estas condiciones no se cumplen nos hallamos ante una laguna constitucional (48). En todos estos casos, si no hay una instancia superior decisoria, habrá que recurrir a los principios generales contenidos en la misma Constitución (democracia, Estado de derecho, liberalismo, tendencia unitaria o federal),

(45) La laguna se colmaría por medios extraordinarios, establecimiento del presupuesto por el Gobierno o Jefe del Estado, por decreto-ley que luego se legitimaría. Caso análogo al anterior es el de la negativa por el Parlamento a la aprobación de la leva militar. Sobre esto y ofreciendo idéntica solución a la anterior del presupuesto, Cfr. DONATI, ob. cit. pág. 120; VANSCHÜTZ, loc. cit., pág. 339. Valen las mismas críticas contra DONATI, así como la misma solución que en el problema anterior.

(46) DONATI, ob. cit., págs. 7 y 8.

(47) Cfr. Friedrich GLUM; *Parlamentskrise und Verfassungslücke*, en «*Deutsche Juristen-Zeitung*». Berlín, 15 noviembre 1930, cols. 1.414 y ss. El autor se refiere a la situación política creada a partir del 18 de octubre de dicho año en Alemania.

(48) GLUM, ob. cit., col. 1.416.

para ver si coadyuvan ofreciendo una solución; en último término el remedio será puramente de hecho (49).

Si nos referimos ahora a ordenamientos constitucionales conviene recordar como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos fué colmando los «silencios» de la Constitución federal sobre cuestiones que aparecieron con el transcurso del tiempo. Así, por ejemplo, en el famoso caso *McCulloch v. Maryland* (4 Wheaton 316, 4 L. Ed. 579 (1819)), el Tribunal Supremo tuvo que enfrentarse con el problema de si el artículo 1, sección VIII, 1 de la Constitución facultaba expresamente al Congreso para establecer un Banco federal. Indudablemente, el texto fundamental no contenía un precepto expreso que confiase esa atribución al Congreso; fué menester que el juez MARSHALL interpretase extensivamente (*broad construction*) las palabras «hacer todas las leyes *necesarias y convenientes* para el uso de estos poderes y para el de todos aquellos de que, en virtud de esta Constitución, pueda estar investido el gobierno de los Estados Unidos o cualquiera de sus dependencias o empleados», del citado artículo 1. En efecto, —sostenía MARSHALL— aunque el poder para crear un Banco no está incluido entre los enumerados por la Constitución se desprende de varios de esos poderes, como los que se refieren a circulación monetaria y a otras materias financieras, puesto que no se precisa que sea indispensable, sino que basta su conveniencia en cuanto no contradiga la Constitución.

Surge así la teoría de los poderes implícitos y resultantes (*implied and resulting powers*) que ha dado lugar a una profunda transformación en la estructura federal de los Estados Unidos (50).

También en la Constitución alemana de 1871, y en la

(49) HSÜ DAU-LIN, ob. cit., pág. 55.

(50) Cfr. Manuel GARCIA-PELAYO; *Derecho constitucional comparado. Revista de Occidente*. Madrid 1950, pág. 278; Nicolás PEREZ SERRANO; *La noble obra política de un Gran Juez (Juan Marshall)* Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid 1955, págs. 18 y ss.; Edward W. CARTER y Charles C. ROHLFING; *The American Government and its work*. Macmillan Company New York 1952, págs. 32-33.

Constitución suiza de 1874, se plantearon problemas semejantes derivados de la estructura federal que organizaron. TRIEPEL estableció nuevas competencias federales obtenidas mediante la consecuencia y la analogía (*auf dem Wege der Konsequenz der Analogie*) (51) y la doctrina suiza ha elaborado el llamado método de las consecuencias (*Verfahren des Konsequenz*) (52).

Naturalmente, no hemos realizado una exposición exhaustiva de las lagunas constitucionales registradas históricamente ya que en numerosos ordenamientos se han dado, o han podido darse posibles lagunas al sorprender la doctrina fallos virtuales en las Constituciones. Pretensión ilusoria sería querer agotar la enumeración de las posibles lagunas. Trátase de cuestión quebradiza en donde la realidad política desborda a cualquier clasificación abstracta. El factor político determina la súbita aparición de defectos e imperfecciones con los que el legislador constitucional no podía contar (53).

III

Para colmar las lagunas normativas será preciso, en algunos casos, recurrir a normas extrapositivas (54). Lo nor-

(51) Heinrich TRIEPEL: *Die Kompetenzen des Bundesstaats und die beschriebene Verfassung*. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1908, págs. 286 y ss.

(52) Z. GIACOMETTI - FLEINER; *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*. Polygraphischer Verlag AG Zürich 1949, págs. 77 y ss.

(53) Por ejemplo, los largos períodos de crisis ministeriales en los que el gobierno tiene que ser desempeñado por el Gabinete dimisionario como ha ocurrido recientemente en Francia. En la elección del último Presidente de la República (COTY) no se consiguieron resultados satisfactorios votación tras votación. Aquí el factor político no ha determinado la existencia de defectos porque la crisis, después de un período más o menos largo, se salvó y el Presidente fué elegido aunque se batiera un interesante *récord*. Indudablemente, se trata de insuficiencias que entorpecen el juego libre de los órganos constitucionales.

(54) Para el derecho privado Cfr. Diego ESPIN CANOVAS, Manual

mal, sin embargo, es que tales vacíos se colmen mediante recursos señalados concretamente por el ordenamiento positivo (55). En este sentido, en defecto de norma legal, la costumbre ofrece carácter supletorio particularmente importante dentro del derecho constitucional (56). Al suplir el texto constitucional la costumbre presenta idéntico valor que la Constitución escrita, pues en el fondo se trata de una interpretación del silencio de la Constitución (57). Además, la costumbre constitucional, dado su carácter, se pliega, mejor que los esquemas abstractos, a las necesidades políticas y al juego que conexianan los órganos estatales lo cual exige gran flexibilidad.

En cuanto a los principios generales del derecho, sin entrar aquí en la cuestión de su naturaleza, expresan a veces ideas fundamentales de naturaleza política que por interpretación se deducen del texto constitucional por la misma juris-

de Derecho civil español. I. Parte general. Revista de derecho privado. Madrid 1951, págs. 77 y 78.

(55) Artículo 6.º del Código civil español. Sobre la función integradora del juez en el ordenamiento suizo Cfr. O. A. GERMANN: **Grundlagen der Rechtswissenschaft**. Verlag Stämpfli & Cía. Bern 1950, págs. 33-34. Cfr. También, Arthur T. von MEHREN: Estudio comparativo de la función judicial en Francia y en los Estados Unidos, en «Revista del Instituto de Derecho Comparado. N.º 2 (enero-junio) Barcelona 1954, págs. 79 y ss.

La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal (Alemania occidental) confirma la facultad que tiene este órgano para colmar las lagunas constitucionales por medio de la interpretación judicial y la función integradora de la legislación. Cfr., sobre esto, Julius FEDERER: **Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland** en **Jahrbuch des öffentlichen Rechts**, vol. 3, edit. por G. LEIBHOLZ. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1954, págs. 53-54.

(56) Cfr. por todos, Carmelo CARBONE: **La consuetudine nel diritto costituzionale**. Cedam. Padova 1948.

(57) M. DUVERGER, **Manuel de droit constitutionnel et de Science politique** 5.ª ed. Presses Universitaires de France, 1948, pág. 202. Para otros problemas, criticando la postura de DONATI, Cfr. Carmelo CARISTIA, **Saggio critico sul valore e l'efficacia della consuetudine nel diritto pubblico interno**, en «*Scritti giuridici, storici e politici* I Giuffrè. Milano 1953, páginas 188, 213 y siguientes.

prudencia (58) o brotan de la consideración reposada de la Constitución sustancial.

No parece necesario aumentar, arbitrariamente, el número de fuentes supletorias (59), pues produciría la ilusión de que es posible prolongar indefinidamente las soluciones del problema. Semejante postura parece un intento de agotar empíricamente los medios de integración, aspiración infundada e inútil.

Cuestión más grave es la que plantea el derecho natural, pues si el problema de las lagunas en el ordenamiento constitucional se caracteriza por la falta de acompañamiento entre la normatividad legal y la realidad social, no se ve claro, cómo una cuestión plenamente immanente, real, en definitiva social, pueda resolverse echando mano a presupuestos trascendentes, de deber ser, que se diferencian de los principios de organización, técnicamente sociales.

Solamente sería lícito invocar tales principios cuando se trate de puntos de vista de estimativa jurídica que son superiores a toda normatividad jurídica y, por supuesto, a la normalidad social. Trátase de la dignidad humana, del respeto a la persona y a su libertad, etc., que no pueden ser suplantados por elementos normativos o sociales. Sin embargo, en estos casos, no puede dudarse que, sin recurrir a tan nobles principios, el orden constitucional, aunque atentando a la Ética, y falto de justificación, se mantendría completo y no se podría hablar, técnicamente, de la existencia de lagunas en él (60).

(58) Claude DU PASQUIER; *Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. C. C. S.* Hebing & Lichtenhahn. Bâle 1951, página 40.

(59) Antonio AMORTH, señala el papel integrador del derecho comparado, *Corso di diritto costituzionale comparato*. Giuffrè. Milano 1947, páginas 30 y siguientes.

(60) Sobre las lagunas y el derecho natural Cfr. DONATI, ob. cit., página 9 y ss.; Otto SCHILLING, *Christliche Sozial und Rechtsphilosophie*. Max Hueber Verlag München 1950, pág. 750. Cfr., refiriéndose a un derecho de origen no estatal, Tulio ASCARELLI, loc. cit., págs 240 y ss. Para cuestiones históricas Cfr. Josef LUKAS: *Zur Lehre vom Willen des Ge-*

Por último, el problema de las lagunas constitucionales tiene íntima relación con la interpretación de las normas constitucionales como fácilmente se deducirá de lo expuesto. Mas este tema desborda los límites de nuestro estudio (61).

Resumiendo las conclusiones que demuestran la insuficiencia del formalismo positivista para resolver los problemas planteados, indicaremos las siguientes proposiciones:

1) Si faltan normas de competencia, y éstas no pueden aplicarse extensivamente por el legislador o no ha sido prevista una institución necesaria, queda abierto el camino al hecho. *Ex facto oritur ius*, «fuerza normativa de lo fáctico», que vale aquí porque no se trata de justificar el derecho, que es injustificable desde la inmanencia, sino de completarlo. Deberá atenderse a la Constitución sustancial.

2) Las lagunas simplemente normativas, en normas dispositivas de la Constitución, no son tales, son imperfecciones que pueden subsanarse por procedimientos lógicos normales, o por procedimientos positivos: costumbre, derecho comparado y por la política legislativa constitucional (reforma constitucional).

3) Los defectos estimativos relativos a instituciones capitales, familia, matrimonio, educación, dignidad humana, libertad religiosa, deben ser suplidos o corregidos, con arreglo al derecho natural. En el caso de que la Constitución establezca normas antagónicas con el derecho natural, plantea-

seztgebers. J. C. B. Mohr. Tübingen 1908, págs. 421-422 y mi trabajo: El horizonte iusnaturalista del derecho constitucional occidental en «Revista de Estudios políticos», núm. 92 (marzo-abril) 1957. Sobre el problema en Alemania occidental Cfr. J. FEDERER, loc. cit., págs. 20-21.

(61) Cfr. Carmelo CARBONE, *L'interpretazione delle norme costituzionali*. Cedam. Padova 1951. Cuestión conexa también es el problema de la analogía. Cfr. SEIDLER, ob. cit., págs. 211 y ss. Sobre los problemas que plantea, en relación con las lagunas, la interpretación de las normas constitucionales fruto del compromiso político Cfr. Josef WINTRICH: *Aufgaben, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, en Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75 Geburtstag von Hans Nawiasky*. Isar Verlag München 1956, pág. 209. Cfr. mi trabajo La interpretación constitucional, de próxima publicación.

riase un problema de rivalidad entre el orden moral y el orden constitucional.

4) La temática planteada en este trabajo debe subrayar que los documentos constitucionales no pueden prever todos los casos posibles, pues la realidad social cambia rápidamente y muchas veces desborda a la normatividad constitucional incapacitándola para ofrecer respuestas satisfactorias, por esta razón los textos constitucionales deben ser lo suficientemente elásticos para que la costumbre los vaya ajustando a las necesidades reales.

PABLO LUCAS VERDÚ

PROFESOR
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA